

LAS TIERRAS Y LOS TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN MEXICO

Francisco López Bárcenas

Presentación

El derecho de los pueblos indígenas al territorio tiene una compleja regulación en el sistema jurídico mexicano, misma que hay que es necesario desentrañar para conocer sus alcances y limitaciones en la solución de los problemas de este tipo que a diario se presentan. Ese es el objetivo central de este documento. Para hacerlo ubicamos el problema en el contexto de los derechos territoriales del Estado y los diversos regímenes de propiedad de las tierras en nuestro país. Así, el análisis comenzará por el asunto de la propiedad originaria de la nación sobre las tierras y su relación con el territorio nacional, los diversos regímenes de propiedad agraria y la relación de estos con las tierras y territorios indígenas. Después abordamos la regulación del derecho de los pueblos indígenas al territorio en el derecho internacional, incluyendo la jurisprudencia sobre la materia y el estándar mínimo de los derechos de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas como sujetos de derechos

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* define a la nación mexicana como pluricultural con base en la existencia de los pueblos indígenas, a quienes reconoce como sujetos con derechos específicos, que no posee el resto de los mexicanos porque son de naturaleza colectiva. En su artículo 2, párrafo segundo, la Carta magna establece que “la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Sobre los integrantes de los pueblos indígenas el mismo artículo determina que “la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”.¹ Se trata de una definición tomada, en sus partes sustanciales, del

¹ *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto del 2001.

artículo primero del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (*Convenio 169*) relativo a pueblos indígenas y tribales, documento jurídico de derecho internacional, que por disposición del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también forma parte del orden jurídico mexicano. Es importante advertir que la caracterización que se hace en la Carta Magna de la nación mexicana como pluricultural no es un dato sociológico sino jurídico. No informa como es sino como debe ser, de ahí que tanto sus instituciones, como sus leyes y demás instrumentos y mecanismos a través de los cuales opera el estado mexicano deberían ajustarse a esa pluriculturalidad.

Tanto la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* como el *Convenio 169* establecen de manera categórica que los pueblos indígenas son sujetos de derechos que por su naturaleza solo pertenecen a ellos. Con esta disposición la Carta Magna tácitamente admite que la población del estado mexicano se integra por individuos y por pueblos indígenas, por sujetos de derecho individuales y sujetos de derecho colectivos. De la misma manera, en el orden jurídico mexicano se diferencia claramente entre estado y pueblo, identificando al primero como un pueblo con soberanía y, más específicamente como persona jurídica de derecho internacional, mientras a los pueblos indígenas los considera parte de la población del estado nacional, solo que por sus características históricas y culturales específicas, colectivamente son titulares de ciertos derechos que el resto de la población no posee, sin los cuales no pueden ejercer plenamente los derechos individuales reconocidos al resto de la población.

El párrafo segundo del artículo segundo de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y el *Convenio 169* especifican que los pueblos indígenas son todos los descendientes de las poblaciones que habitaban el país o una región geográfica que actualmente pertenece al país donde se asentaron en la época de la Conquista, la colonización o del establecimiento de las fronteras actuales de dicho país. En otras palabras, los derechos de los pueblos indígenas tienen su raíz en el hecho de que su existencia es anterior a la formación del Estado mexicano, mantienen una continuidad histórica y, a pesar de la conquista y la colonización en que vivieron y en muchos casos viven, mantienen sus instituciones o formas propias de organización, total o parcialmente. La mención que se hace sobre las condiciones que el sujeto de derecho guarde en

determinado estado, tienen como objetivo prever que en los países donde los ciudadanos no tengan igual condición ante la ley y los indígenas pudieran tener una situación jurídica inferior al resto de la población, no sea este motivo para que deje de respetárseles los derechos que el convenio consigna. En nuestro país no aplica porque, por disposición constitucional, todos somos iguales ante la ley.

El tercer párrafo del mismo artículo determina qué personas forman o pueden formar parte de los pueblos indígenas, o quién, individualmente, puede ser considerado indígena. Cuando en él se afirma que la conciencia de su identidad debe ser el criterio fundamental para determinar qué personas forman parte de un pueblo indígena y cuáles no, se adopta un criterio cultural, mismo que podría explicarse expresando que es indígena la persona que acepta su pertenencia a un pueblo indígena, se identifica con su forma de vida, actúa conforme a ella y el pueblo indígena lo reconoce como parte de él. Con esta disposición se jurídicamente se excluyen otros criterios que se han formado a través de la historia para identificar a los pueblos indígenas, entre ellos los biológicos, económicos, lingüísticos y culturales, aunque el tercero se sigue utilizando, lo cual además de ser contrario a la disposición constitucional resulta reductivo, pues existen indígenas que ya no hablan su lengua materna y personas que no siendo indígenas han aprendido una lengua de ellos. A pesar de esta regla constitucional para la identificación de las personas que forman parte de un pueblo indígena, es el que todavía prevale en nuestro país, sobretodo en las esferas gubernamentales.

Junto con el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* reconoce a las comunidades indígenas, a las cuales identifica como integrantes de un pueblo indígena y que dentro de su estructura “formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”. De acuerdo con esta disposición, las comunidades indígenas son las partes juntas integran el todo que son los pueblos indígenas.

Hemos dicho que los pueblos indígenas son titulares de varios derechos de los que no pueden serlo los mexicanos en lo particular porque su naturaleza es colectiva. Mientras a los individuos les corresponden derecho como la vida, la libertad, la igualdad y la

seguridad, a los pueblos les son inherentes otros distintos tales como la autonomía, el territorio, su gobierno propio en base a su propio derecho, conservar y enriquecer su cultura y a proveer lo necesario para su propio desarrollo. La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* reconoce a la autonomía indígena pero de forma muy acotada y de los territorios indígenas prácticamente no dice nada, aunque en la fracción VII, párrafo segundo, de su artículo 27 establece una protección especial de las tierras indígenas y en la fracción VI del artículo segundo prevé el acceso preferente a los recursos naturales existentes en los lugares que ocupan. No obstante esta omisión en la Constitución Federal, el *Convenio 169* de la OIT si hace amplia referencia a los territorios de los pueblos indígenas y, como se sabe, los tratados también forman parte del orden jurídico mexicano.²

A partir de dichas disposiciones constitucionales y las de los tratados que forman parte del sistema jurídico mexicano, tenemos una regulación sobre tierras y territorios indígenas. Pero antes de entrar a ese análisis, como nos propusimos al principio, primero ubicaremos el contexto del mismo: la propiedad originaria de las tierras en nuestro país y los diversos regímenes de propiedad derivada de ella.

La propiedad originaria de la nación y el territorio nacional

El primer párrafo del artículo 27 constitucional expresa que “la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”. Se trata de una norma introducida en la Constitución política de 1917 y las razones de ella se encuentran en la iniciativa de reformas propuestas por el Jefe del ejército constitucionalista, que en su parte relativa expresaba: “La propiedad, tal cual ha llegado hasta nosotros, se formó durante la época colonial, y es extremadamente compleja. El principio absoluto de la autoridad del rey, dueño de las personas y de los bienes de sus súbditos, dio a la propiedad, sobre todos esos bienes, el carácter de precaria; todo podía ser de dichos súbditos, en tanto que la

² Una explicación más amplia sobre los derechos de los pueblos indígenas puede verse en: Francisco López Bárcenas, *Autonomías y derechos indígenas en México*, Quinta edición, Colección Derechos Indígenas, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, A. C.-MC editores, México, 2009.

voluntad del rey no dispusiera lo contrario. La necesidad de coordinar los intereses de los varios elementos constitutivos de las colonias, hizo que los reyes españoles dieran al principio de su autoridad sobre todos los bienes raíces de las expresadas colonias la forma del derecho de propiedad privada. El rey era, en efecto, el dueño, a título privado de los bienes y aguas, como cualquier particular puede disponer de los bienes de patrimonio; pero dentro de ese derecho de disposición, concedía a los pobladores ya existentes y a los nuevamente llegados, derechos de dominio, que tomaban todas las formas derechos territoriales entonces en uso. Los derechos de dominio concedidos a los españoles eran individuales o colectivos pero en grandes extensiones y en forma de propiedad privada perfecta; los derechos de dominio concedidos a los indios eran alguna vez individuales y semejantes a los de los españoles, pero generalmente eran dados a comunidades y revestían la forma de propiedad privada restringida, que se parecía mucho al dominio útil de los contratos sensuales de la Edad Media”.³

A partir de ahí justificaba su propuesta afirmando: “La proposición concreta a que acabamos de referirnos, anuda nuestra legislación futura con la colonial en el punto en que esta última fue interrumpida, para implantar otra, no precisamente mala sino incompleta. Al decir que la proposición que hacemos anuda nuestra legislación futura con la colonial, no pretendemos hacer una regresión, sino al contrario. Por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta en el rey, bien podemos decir que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la nación. En tal concepto, la nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas en su territorio, y solo reconoce u otorga a los particulares, el dominio directo, en las mismas condiciones en que se tuvo por los mismos particulares durante la época colonial y en las mismas condiciones en que en que la República. El derecho de propiedad así concebido es considerablemente adelantado, y permite a la nación retener bajo su dominio, todo cuanto sea necesario para el desarrollo social, como las minas, el petróleo, etcétera, no concediendo sobre esos bienes a los particulares, más que los aprovechamientos que autoricen las leyes respectivas”. En el mismo párrafo se expresaban los alcances de la propuesta: “La principal importancia del derecho pleno de la propiedad que la proposición que hacemos atribuye a la nación, no está,

³ *Los derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, “Artículo 27”, tomo IV, Cámara de Diputados, LV Legislatura, México, 1994, pp. 483-484.

sin embargo, en las ventajas ya anotadas, con ser tan grandes, sino en que permitirá al gobierno, de una vez por todas, resolver con facilidad la parte más difícil de todas las cuestiones de propiedad que entraña el problema agrario, y que consiste en fraccionar los latifundios, sin perjuicio de los latifundios. En efecto, la nación, reservándose sobre todas las propiedades el dominio supremo, podrá, en todo tiempo, disponer de las que necesite [para] regular el estado de la propiedad total, pagando las indemnizaciones correspondientes”.⁴

El dictamen que la Comisión encargada de analizar la iniciativa elaboró, mantuvo sustancialmente la postura de la iniciativa. En su introducción alertaba que dicho artículo abarcaba varios puntos capitales, entre los cuales se encontraba si debía considerarse la propiedad como derecho natural; cual era la extensión de ese derecho; a quienes debe reconocerse capacidad para adquirir bienes raíces y que bases generales pueden plantearse siquiera como preliminares para la resolución del problema agrario. Dentro de la argumentación que expuso la Comisión la propiedad es considerada un derecho natural, pues –de acuerdo con los constituyentes que elaboraron el dictamen- “[...] todo esfuerzo, todo trabajo humano, va dirigido a la satisfacción de una necesidad; [...] la naturaleza ha establecido una relación constante entre los actos y sus resultados, y [...] cuando se rompe invariablemente esa relación se hace imposible la vida, [...], supuesto que la apropiación de las cosas para sacar de ellas los elementos necesarios para la conservación de la vida, es indispensable. El afán de abolir la propiedad individual inmueble no puede considerarse en su esencia sino como una utopía; pero ese deseo es revelador de un intenso malestar social [...]”.⁵

Enseguida matizaban el argumento, declarando que “el ejercicio del derecho de propiedad no puede ser absoluto, y que así como en el pasado ha sufrido modalidades, es susceptible de admitir otras en el porvenir, basadas en el deber que tiene el Estado de conservar la libertad igual de todos los asociados; deber que no podría cumplir sin el derecho correlativo. Es un principio admitido sin contradicción, que el dominio inminente del territorio mexicano pertenece originariamente a la nación; lo que

⁴ *Los derechos del pueblo ...*, p. 485.

⁵ *Los derechos del pueblo ...*, pp. 490.

constituye y ha constituido la propiedad privada es el derecho que ha cedido la nación a los particulares, cesión en la que no ha podido quedar comprendido el derecho a los productos del subsuelo ni las aguas, como vías generales de comunicación”.

Finalmente se aprobó el texto citado, que hasta la fecha ha continuado sin modificaciones. A partir de él David Chacón Hernández afirma “que antes que cualquier otro propietario está la nación. La Nación es el ente abstracto que garantiza el uso, goce y disfrute de todos cuantos conformamos la nación. Si la nación es el cúmulo de individuos que habitamos en ella, entonces todos tenemos derecho a obtener un espacio de lo nacional. Esto indica pues, que la propiedad individual se subordina a la colectiva”. De la igual manera se expresa que “el concepto de propiedad originaria encierra la preponderancia de la propiedad pública sobre la privada. La segunda deriva de la primera. Sólo que lo originario no nos hace referencia a lo cronológico sino a lo jerárquico”.⁶

Una interpretación diferente es la que formula Ignacio Burgoa, para quien “la propiedad originaria de la que habla el párrafo primero del artículo 27 constitucional significa la pertenencia del territorio nacional a la entidad estatal *como elemento consustancial a inseparable de la naturaleza de esta*. Un Estado sin territorio sería inconcebible; por ello, todas las tierras nacionales forman parte de la entidad estatal mexicana como porción integrante de la misma”. Partiendo de la idea de que con la expresión “propiedad originaria” el Congreso Constituyente de 1917 se refería al territorio, sostiene que “es indebido hablar de la ‘propiedad originaria’ que tiene la nación o el Estado mexicano sobre las tierras y aguas, ya que la propiedad en general, implica una referencia a de algo extrapersonal (como el bien o la cosa) a un sujeto y, como el territorio constituye un elemento esencial de la entidad estatal, es evidente que no puede haber entre esta y aquel una atribución, ya que implican una unidad como todo y como parte respectivamente”. En síntesis –de acuerdo con este autor-, el concepto de ‘propiedad originaria’ empleado en el primer párrafo del artículo 27 constitucional equivale en realidad a la idea de *dominio inminente*, o sea, a la idea de *imperio, soberanía o autoridad* que el Estado

⁶ David Chacón Hernández, “Propiedad Originaria y Derechos Indios”, *El Cotidiano*, núm. 62, Mayo-junio de 1994, <http://www.elcotidianoenlinea.com.mx/numeros.asp?edi=62>

como persona política y jurídica ejerce sobre la parte física integrante de su ser: el territorio”.⁷

Los regímenes de propiedad agraria

Dada la facultad del Estado de transmitir las tierras y aguas de la que es propietaria originaria, se entiende que existe una propiedad derivada. La misma norma constitucional citada expresa que una de ellas es la propiedad privada, que se regula por el *Código Civil*, es decir, por el derecho privado. Otra norma constitucional que regula un régimen distinto de tierras como propiedad derivada es la fracción VII del artículo 27, que en su primer párrafo prescribe que “se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas”. El párrafo tercero de ese mismo artículo determina que “la ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores”; mientras en el siguiente determina que “la ley, con respeto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos, regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela. Asimismo establecerá los procedimientos por los cuales ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el Estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras; y, tratándose de ejidatarios, transmitir sus derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población; igualmente fijará los requisitos y procedimientos conforme a los cuales la asamblea ejidal otorgará al ejidatario el dominio sobre su parcela. En caso de enajenación de parcelas se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley”. De ahí se tiene que junto a la propiedad privada, existe la propiedad ejidal y comunal, que se regulan por la *Ley Agraria*.

⁷ Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, Trigésima novena edición, Porrúa, México, 2007, pp. 461-462.

Pero la nación, a través del gobierno federal también posee tierras y aguas que no transmitió a los particulares y que constituyen los bienes nacionales. Así se desprende del párrafo cuarto del mismo artículo 27 constitucional, en cual prescribe que “corresponde a la Nación *el dominio directo de todos los recursos naturales* de la plataforma continental”, entre los cuales quedan incluidas las tierras que no han sido transmitidas a los mexicanos de ninguna forma. Congruente con lo anterior, la *Ley General de Bienes Nacionales*, en su artículo 6 establece que están sujetos al régimen de dominio público de la Federación, entre otros, “los bienes señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. En ese mismo sentido, el artículo 9 de la mencionada Ley determina que “los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación estarán exclusivamente bajo la jurisdicción de los poderes federales, en los términos prescritos por esta Ley, excepto aquellos inmuebles que la Federación haya adquirido con posterioridad al 1o. de mayo de 1917 y que se ubiquen en el territorio de algún Estado, en cuyo caso se requerirá el consentimiento de la legislatura local respectiva”.

Concluyendo, se puede afirmar que en nuestro país la nación es titular originaria de las tierras y aguas existentes en su jurisdicción, lo que constituye su espacio territorial; a partir de ese dominio que ejerce sobre todas las tierras y aguas, el Estado puede trasmitirlas a los particulares y de acuerdo con la forma que se transmitan pueden dar origen a la propiedad privada o bien a la propiedad social, integrada por tierras ejidales o comunales. Finalmente pueden existir tierras que no se transmitan a ningún particular, caso este en que el Estado se las adjudica a él mismo, dando origen a los bienes nacionales. Las primeras se regulan por el derecho privado, las segundas por el social y las últimas por el derecho público.

Las tierras indígenas en la Constitución Federal

Sin incluirlas como un régimen especial de propiedad, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* contiene dos disposiciones jurídicas relativas a tierras indígenas, ambas colocadas en su capítulo de garantías, por lo que es necesario advertir las implicaciones que esto tiene. De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación, las garantías individuales son “derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo”.⁸ En ese mismo sentido, la doctrina jurídica mexicana expresa que “las garantías o derechos consagrados en la Constitución son *derechos mínimos*, que por lo mismo pueden ser ampliados o complementados por las Constituciones de los estados (que se limitan en su mayoría a incorporar las garantías de la Constitución federal), por las leyes reglamentarias y, sobre todo, por los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, firmados y ratificados por nuestro país; pero ninguno de todos estos ordenamientos puede contradecir a la Constitución general”.⁹ En el mismo sentido se afirma que “la función complementaria de los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos es particularmente importante, ya que en ocasiones consagran derechos todavía no reconocidos o reglamentados expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. Pero en la medida en que dichos tratados y convenciones forman parte de la ley suprema de la Unión, en los términos del artículo 133 constitucional, los derechos que consagran pueden ser reclamados ante las autoridades públicas y los tribunales.”¹⁰

Lo anterior es importante porque permite observar que las garantías individuales consagradas en la Constitución Política son verdaderos derechos que el estado está obligado a garantizar, estableciendo las formas de ejercerlo y los procedimientos para reclamarlos en caso de que no se cumplan. Una de las primeras disposiciones sobre la materia data del año de 1992 y se encuentra en el artículo 27, fracción VII, párrafo segundo, misma que, textualmente expresa: “La ley protegerá las tierras de los grupos indígenas”.¹¹ Se trata de una norma cuyo contenido quedó no ha podido ejercitarse porque

⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo V, enero de 1997, tesis P./J.2/97, p. 5; IUS:199492. Citado en: *Las Garantías Individuales: Parte General*, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003, p. 51.

⁹ Héctor Fix Fierro, “Comentarios al artículo 1” en: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada)*, Tomo I, Decimosegunda Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 4.

¹⁰ Op. Cit.

¹¹ *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1992.

nuestra norma suprema no expresó en qué consistiría la protección especial de las tierras de los grupos indígenas y la *Ley Agraria* lo reservó para reglamentarlo en el futuro, al introducir en su artículo 106 una disposición donde se expresaba que “las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4° y el segundo párrafo de la fracción VII del Artículo 27 constitucional”¹², situación que nunca se presentó, porque la norma constitucional a que alude en lugar de desarrollarse fue derogada.

Como ya se dijo, el 14 de agosto del 2001 se derogó el artículo 4° de la Constitución Federal y su contenido pasó al artículo 2° constitucional con un sentido más amplio. En relación con esta materia, el apartado A, fracción VI, prescribe que la Constitución “reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para “acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución”¹³.

Esta disposición constitucional, como la anteriormente comentada se encuentran vigentes actualmente y tienen la misma jerarquía normativa, por lo cual, para conocer su alcance se debe hacer una interpretación sistemática de ellas, buscando la armonía de su contenido, como si se tratara de una sola. Una interpretación formulada de esa manera nos muestra que la norma del Artículo 27 se refiere a una protección especial para las tierras de los grupos indígenas y la segunda al derecho preferente que tienen los pueblos indígenas, como parte de su derecho a la autonomía, para acceder al uso y disfrute de los recursos naturales de los lugares que habitan, respetando las formas y modalidades de la propiedad de la tenencia de la tierra establecidas en la propia constitución y dejando fuera los recursos que corresponden a las áreas estratégicas. La condición de que el aprovechamiento preferente de los pueblos indígenas al uso y disfrute de los recursos

¹² *Diario Oficial de la Federación*, 26 de febrero de 1992

¹³ *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto del 2001.

naturales, se haga respetando las formas y modalidades de la propiedad de la tenencia de la tierra, establecidas en la propia constitución, no debe llevarnos a pensar que se refiere sólo a las existentes al momento de la reforma sino a las que existan al momento que se intenten realizar los actos de aprovechamiento preferente, porque puede suceder que en el futuro estas se modifiquen y en ese caso también abarcaría las nuevas formas y modalidades de propiedad que se crearan.

Un aspecto a resaltar de ambas disposiciones es que hacen referencia tanto al derecho garantizado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como a los titulares del mismo. En referencia al derecho, en el artículo 27 se habla de una protección de las tierras indígenas mientras el 2º lo hace al acceso preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan. De principio pareciera que se trata de materias distintas, pero no lo es porque la tierra también es un recurso natural y siendo así un derecho subsume al otro. Concretamente, el de recursos naturales incluye la tierra, se trata de una referencia general y una específica, pero no se puede decir que sean materialmente diferentes o contrarias. En lo que se refiere al titular del derecho la norma del artículo 27 constitucional se refiere a grupos indígenas, mientras el artículo 2º lo hace a pueblos y comunidades indígenas. Al parecer, cuando nuestra constitución política se refiere a los indígenas lo hace de tres maneras distintas, grupos, pueblos y comunidades. Sin embargo, como en el caso anterior, una lectura sistemática y armónica de ambos vocablos nos lleva a que el sentido de los tres debe resolverse en el de pueblos indígenas, por ser el que tiene sentido para nombrar al titular de derechos, tanto en nuestro orden jurídico interno como en el internacional.

La protección que se Constitución establece para las tierras de los grupos indígenas tiene su antecedente en el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales* de la organización Internacional del Trabajo, que había sido firmado dos años atrás y había entrado en vigor un año después de la firma, en donde se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios. Así se desprende el hecho que la iniciativa de reforma proponía que la norma constitucional expresara que “la ley protegerá la integridad territorial de los pueblos

indígenas”¹⁴, y como justificación de la propuesta, en la exposición de motivos de la iniciativa se anotaba que “la reforma a la fracción VII, que promueve esta iniciativa, reconoce la distinción entre la **base territorial** del asentamiento humano, **sustento de una cultura de vida comunitaria** y la tierra para las actividades productivas del núcleo ejidal y comunal en el ámbito parcelario”.¹⁵ Dicho de otra manera, la iniciativa no solo buscaba una protección a las tierras sino el reconocimiento de los territorios, como sustento espacial de la vida de los pueblos”. Durante la discusión de la iniciativa, se modificó sustancialmente el contenido de dicha norma, sin que en el *Diario de los debates* exista constancia de quien propuso el cambio o la razón para hacerlo.

La interpretación anterior es la que asume también el Poder Judicial Federal, quien a través de uno de sus juzgados de Distrito, al resolver una controversia sobre esta norma estableció el siguiente criterio:

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RECONOCE EL PRINCIPIO TERRITORIAL DE SUS PUEBLOS Y EL DERECHO PREFERENTE DE LAS COMUNIDADES AL USO Y DISFRUTE DE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS LUGARES QUE OCUPAN. El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto de dos mil uno, establece como uno de los aspectos de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, la conservación y mejoramiento de su hábitat, la preservación de la integridad de sus tierras y el derecho de acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que ocupan, salvo aquellos que correspondan a las áreas estratégicas. De lo anterior se advierte que dicho precepto consagra el principio territorial de los pueblos indígenas, al reconocer su unidad con los territorios que ocupan y su hábitat y, por tanto, el derecho a su explotación en la forma y modalidad de propiedad y tenencia de la tierra que libremente decidan dentro de los establecidos en la Constitución Federal y las leyes de la materia, en debido respeto a su derecho de decidir su forma interna de organización económica, para lo cual se establece la posibilidad de coordinación y asociación de las comunidades indígenas, dentro del ámbito

¹⁴ *Los derechos del pueblo ...*, p. 935.

¹⁵ *Los derechos del pueblo ...*, p. 931.

municipal, lo que, desde luego, debe hacerse en el marco constitucional que exige el respeto a derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad.¹⁶

Ahora bien, ¿Cuáles son las tierras indígenas? ¿Constituyen un régimen distinto a los de la propiedad privada social y pública o son parte de ellos? ¿Si son parte de ellos por qué razón debería brindarse a las tierras indígenas una protección que no tienen las que no lo son? ¿En que debería consistir esa protección? ¿Cual podría ser su alcance y como podría llevarse a cabo? Son muchas las preguntas y pocas las respuestas que las normas jurídicas nos brindan para contestarlas, así que necesitamos acudir a otras fuentes del derecho, las reales, por ejemplo, a las que poca atención se les pone pero si se les toma en cuenta pueden brindar muchas soluciones. Ateniéndonos a un elemento de la definición de jurídica de pueblo indígena, que reconoce como tales a las habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, bien podría afirmarse que las tierras indígenas son las que ocupan, poseen o son propietarios los miembros de los pueblos indígenas, caracterización que como veremos mas adelante, coincide bastante con el contenido del derecho internacional sobre la materia.

Para saber cuales son esas tierras que ocupan poseen o son propietarios hay que ver los datos existentes. El Censo Agropecuario de 1991, mostró que en el país existen 1,115 municipios en donde se localizan se concentran 15,430 ejidos y comunidades y en 6,830 su población es eminentemente indígena, lo que representa 44.2% del total, es decir, 4 de cada 10 núcleos agrarios con población indígena, representa menos de la mitad de los sujetos con derecho a la tierra.

El régimen de la propiedad de los pueblos indígenas es muy diverso, aunque predomina la propiedad ejidal; pues ocho de cada diez núcleos agrarios con población indígena son ejidos y sólo dos de cada diez son comunidades agrarias. Esta situación se explica por las

¹⁶ Tesis aislada, Novena época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Noviembre de 2002, Página: 445. Amparo en revisión 123/2002 Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

políticas de reconocimiento de derechos agrarios posteriores a la revolución de 1917, que privilegió la formación de ejidos sobre el reconocimiento de las comunidades agrarias, lo cual se manifestó en la falta de disposiciones jurídicas sobre el procedimiento para la titulación de terrenos de bienes comunales; dificultades para demostrar los derechos sobre la tierra, además de negligencia política. Pasaron 40 años, después de la promulgación de la Ley de Dotaciones y Restituciones del 6 de enero de 1915, para que se intensificara el reconocimiento de derechos de propiedad de las comunidades.

De las 2,162 comunidades agrarias que existen en el país, sólo 58.6% tienen población indígena, el resto se conforma de población mestiza. Esta situación se explica en virtud de que el reconocimiento, confirmación y titulación de bienes comunales está asociado con el concepto “los pueblos que guardan el estado comunal” y no con el de “pueblos indígenas”. Esta situación dio como resultado que entre comunidad indígena y comunidad agraria existan diferencias, pues ni todas las comunidades indígenas tienen un régimen agrario comunal, ni todas las comunidades agrarias corresponden a comunidades indígenas.

No se ha identificado con exactitud la propiedad privada, pero por la importancia de la población indígena y la tenencia de la tierra que predomina en algunos municipios, podemos inferir que un número importante de indígenas son propietarios privados. Lo anterior se puede observar en las regiones de: Zongolica, Veracruz; la Sierra Mazateca, Oaxaca; en los municipios de Pantepec, Simojovel, San Cristóbal de las Casas, Salto del Agua, San Juan Cancuc, en Chiapas; y en algunos municipios como Atlapexco, San Felipe Orizatlán y Huazolinga en la región de la huasteca hidalguense.

Finalmente, la población indígena que tiene derechos sobre la tierra en ejidos y comunidades se concentra básicamente en seis estados –Chiapas, Veracruz, Yucatán, Oaxaca, Hidalgo y San Luis Potosí–, aunque su distribución se verifica en casi toda la República Mexicana; en 25 entidades del país se ha identificado al menos un núcleo agrario con población indígena. Incluso, en 4 entidades del norte del país –Chihuahua, Sonora,

Durango y Sinaloa–, la superficie que posee la población indígena representa 21.3% del total registrado para estos grupos.¹⁷

Esas son las tierras a las que habría que brindar la protección que establece la Constitución Federal. Ahora bien, las razones para esa protección y las formas que puede adquirir también pueden dárnosla los datos de la realidad. Una de ellas deriva de su condición de pueblos existentes en el espacio que hoy forma el territorio mexicano desde antes que este se formara; siendo comunidades con una cultura diferente a la dominante en el país, necesitan de un espacio donde desarrollarse como tales para que esta no termine devorándola. Muchos especialistas en la materia han expresado el sentido del reclamo. Guillermo Bonfil Batalla, por ejemplo, escribió que “la tierra no se concibe como una mercancía; es un recurso productivo indispensable, pero es más que eso: es un territorio común, que forma parte de la herencia cultural recibida. Ahí, en ese espacio concreto se manifiestan en diversas formas las fuerzas superiores: ahí están las entidades favorables y las maléficas, a las que hay que propiciar, los sitios sagrados, los peligros, las referencias. La tierra es un ente vivo, que reacciona ante la conducta de los hombres; por eso, la relación con ella no es puramente mecánica sino que se establece simbólicamente a través de innumerables ritos y se expresa en mitos y leyendas. Frecuentemente, la imagen que se tiene del mundo está organizada a partir de ese territorio propio, que ocupa el centro del universo. En los pueblos desplazados queda en la memoria colectiva el recuerdo del territorio primigenio y la aspiración de recuperarlo, aún cuando hoy se tengan otras tierras y se pueda ir viviendo”.¹⁸ Desde esa perspectiva, para los pueblos indígenas la tierra es el elemento fundamental dentro del cual se inscribe la identidad colectiva, no representa solo una especial adaptación productiva, sino también una compleja relación simbólica. Parte del conjunto de representaciones colectivas que dan vida a las conciencias étnicas se refieren a los territorios propios como marcos físicos y simbólicos de la experiencia grupal. “La tierra –ha escrito Miguel Bartolomé– es cultura en la medida en que ofrece un marco propicio para las relaciones productivas y simbólicas de la sociedad, incluso, ya que el

¹⁷ Héctor Robles Berlanga y Luciano Concheiro Bórquez, *Entre las fábulas y la realidad, los ejidos y las comunidades con población indígena*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas-Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Xochimilco, México, 2004, pp. 8-10.

¹⁸ Bonfil Batalla, Guillermo, *México Profundo: Una civilización negada*, Grijalbo-CONACULTA, México, 1990, p. 64.

territorio es el resultado de la articulación entre la población y su espacio, puede llegar a ser movable si la población se desplaza.”¹⁹

En la doctrina jurídica internacional son diversos documentos elaborados por instituciones públicas dan cuenta de la importancia de los territorios indígenas para los pueblos indígenas. Uno de ellos es el *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*²⁰, elaborado por el Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo, quien en las conclusiones de su estudio afirma que “es esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tal y en todas sus creencias, costumbres, tradicionales y cultura. Para los pueblos indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con la Madre Tierra, con sus tierras, tiene muchas implicaciones profundas. Además, la tierra no es mercadería [mercancía] que pueda apropiarse, sino elemento material del que debe gozarse libremente”.

Un criterio semejante se encuentra en el documento sobre *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*²¹, preparado por la Relatora Especial, Sra. Erika-Irene A. Daes, quien afirmó que “desde la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, las poblaciones indígenas han puesto de relieve el carácter fundamental de la relación que mantienen con sus tierras ancestrales. Lo han hecho en el contexto de la necesidad urgente de que las sociedades no indígenas entiendan la importancia espiritual, social, cultural, económica y política que revisten para las sociedades indígenas sus tierras, territorios y recursos para asegurar su supervivencia y vitalidad. Para comprender la profunda relación que les une a sus tierras, territorios y recursos, es necesario reconocer las diferencias culturales que existen entre ellas y las poblaciones no indígenas, en especial en los países donde viven. Las poblaciones indígenas han instado a la comunidad internacional a que asigne un valor positivo a esta relación característica”. De la misma manera la Relatora Especial asentó en su informe: “Cabe señalar que, como lo han explicado los pueblos

¹⁹ Bartolomé, Miguel Alberto, *Gente de costumbre y gente de razón: Las identidades étnicas en México*, Siglo XXI-Instituto Nacional Indigenista, México, 1997, pp. 86-87.

²⁰ United Nations, Sales, No. E. 86. XIV.3

²¹ E/CN.4/Sub.2/2000/25

indígenas, es difícil separar el concepto de la relación de esos pueblos con sus tierras, territorios y recursos del concepto de sus diferencias y valores culturales. La relación con la tierra y con todo ser viviente es fundamental para las sociedades indígenas”.

Los territorios indígenas en el derecho internacional

Para analizar el contenido del derecho internacional es importante tener presente que, por disposición del artículo 133 constitucional, los tratados²² forman parte del orden jurídico interno del Estado, si cumplen con las condiciones que la misma norma constitucional establece. Entre tales condiciones se encuentran que no contradigan a la Constitución Federal; que los celebre el Presidente de la República y que los ratifique el Senado de la misma. Cuando los tratados cumplen esas condiciones no sólo forman parte del orden jurídico mexicano sino son superiores jerárquicamente a las leyes federales y las autoridades deben cumplirlas, de acuerdo con el criterio establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²³

De igual manera, no se debe olvidar lo que la *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados* establece reglas en materia de interpretación de tratados. Este documento, en su artículo 31.1, contiene un principio, el cual estipula que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin”. De acuerdo con esta disposición, la base de interpretación de un tratado es su texto y su contexto. El primero porque constituye la auténtica expresión de las intenciones de las partes, el segundo porque explica el sentido de la obligación. Asimismo, el artículo 31.2 expresa que el contexto se compone por el texto mismo, su preámbulo y anexos si los hubiere. También ante la regla general de que se

²² De acuerdo con el artículo 1, inciso a de la *Convención de Viena sobre el derecho de tratados*, se entiende por ‘tratado’ “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. En ese mismo sentido, la *Ley sobre la Celebración de Tratados*, en su artículo 2, los define como “el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos”.

²³ Novena época; Instancia: Pleno; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*; Tomo: X, noviembre de 1999; Tesis: P. LXXVI/99; Página: 46.

esté al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado, en su numeral 31.4 establece una regla especial, la cual indica que “se dará a un término su sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. Con estos elementos como herramienta interpretativa veamos el contenido de los tratados que hacen referencia al derecho al territorio de los pueblos indígenas.

Los Pactos de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales

Los *Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*²⁴ y de Derechos Civiles y Políticos²⁵, fueron aprobados por la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. En ellos se encuentra una referencia explícita a los derechos de los pueblos sobre sus recursos naturales. Con idéntica redacción, el artículo primero de ambos documentos prescribe:

1. Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional, basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados parte en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones.

Por mucho tiempo se sostuvo que la referencia que se hace a los pueblos en estos documentos jurídicos internacionales eran entendiéndolos como estados ya formados o en

²⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A. (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor 3 de enero de 1976. Ratificado por México en 1981.

²⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A. (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49. Ratificado por México en 1981 y desde esa fecha vigente como parte del orden jurídico mexicano.

vías de formación. Pero el reconocimiento de los pueblos indígenas en el mismo derecho internacional ha transformado dicha interpretación, y en la actualidad se aplica también a estos, pues entre estas normas jurídicas no existe ninguna distinción entre diversos tipos de pueblos y por lo mismo su aplicación debe ser general, a todos los pueblos, sin excluir ninguno. La más reciente interpretación de los Pactos, relacionada con los derechos territoriales de los pueblos indígenas, la formuló el *Comité de Derechos Humanos* de la Organización de Naciones Unidas, órgano encargado de vigilar el cumplimiento del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que en su informe de recomendaciones al Estado de Chile, emitido el 15 de marzo del 2007, establece que los artículos 1 y 27 amparan los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales, incorporando la expresión “tierras antiguas” a la jurisprudencia internacional.

El Informe del Comité establece que: a) el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales existe, y es un derecho humano amparado por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; b) que en Chile la industria forestal, y megaproyectos de infraestructura y energía vulneran ese derecho humano, c) que el Estado tiene obligaciones de respetar, proteger y garantizar esos derechos humanos, en virtud a ser parte del *Pacto*. El Comité basa el derecho a las tierras ancestrales, en el Artículo 1 número 2, relativo al derecho a la libre determinación de los pueblos y la soberanía de los pueblos sobre sus recursos naturales, y en el artículo 27, relativo a los derechos de las minorías. Este doble fundamento de los derechos de los pueblos indígenas en los artículos 1 y 27 del *Pacto* es trascendental, y constituye desde 1999 una jurisprudencia sistemática del Comité de Derechos Humanos.²⁶

El Convenio 169 de la OIT

Veintitrés años después de la adopción de los Pactos a los que se ha hecho referencia, se firmó el *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*²⁷, auspiciado por la Organización Internacional del Trabajo, más conocido como Convenio

²⁶ Informe de conclusiones finales y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos. Chile, CCPR/C/CHL/CO/5/CPR/1.1,(15/03/2007).

²⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 24 de enero de 1991.

169 de la OIT. En su preámbulo, este documento expresa que el documento se promovió dados los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, mismos que aconsejaban adoptar nuevas normas internacionales en la materia. Se enuncia que otras de las razones fueron las aspiraciones de esos pueblos de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida en su desarrollo económico y mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven y que, dado que en diversas partes del mundo muchos pueblos indígenas no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven, razón por la cual sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo la erosión, sin olvidar la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales. En síntesis, con el Convenio 169 de la OIT lo que se busca es hacer efectivos una serie de derechos que los pueblos indígenas poseen en los hechos, pero de los cuales no pueden gozar plenamente por no estar regulada su protección y acceso a ellos.

En su parte general, compuesta por los artículo del 1 al 11, contiene disposiciones aplicables en la interpretación de todo el Convenio, de acuerdo con lo estipulado por la *Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados*, a que nos referimos anteriormente. Su artículo primero, por ejemplo, define lo que debe entenderse por pueblo indígena, a lo que ya nos referimos con anterioridad, mientras el segundo estatuye que los gobiernos deben asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Entre las acciones que se tomen se deben incluir medidas “que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”; “que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” y “que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus

aspiraciones y formas de vida”. Como puede verse, se trata de medidas contra la discriminación, de promoción de la diferencia cultural y de combate a la desigualdad.

Por su parte, el artículo tercero expresa que “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”, lo que implicaría que tales medidas no violenten el derecho a la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica. Como consecuencia de lo anterior, “no deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio, lo cual incluiría que no se les someta a desplazamientos forzosos de sus territorios, por ejemplo.

Las obligaciones no del estado no se agotan en no provocar acciones que violen los derechos de los pueblos sino también de tomar medidas para que otros no lo hagan. Así, el artículo cuarto expresa que “deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”; y que “tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”, incluyendo “el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”.

De una manera más general, el artículo quinto expresa que, al aplicar las disposiciones del presente Convenio “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”; “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”; y, “deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

El artículo sexto contiene el derecho a la consulta, la manera de llevarla a cabo y formas de participación en los órganos públicos de decisión. Sobre el primer tema, expresa que al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; claro es que un desplazamiento de sus territorios debería incluir una consulta previa y que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas; mientras sobre el segundo prescribe que se deben “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan: establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Finalmente, el artículo séptimo establece que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en la que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. También determina que “los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas” y que “los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

La segunda parte de este documento jurídico es más específica sobre el derecho de los pueblos indígenas al territorio. Compuesta por los artículos 13 al 19, se denomina “Tierras”, pero en realidad regula territorios, tierras y recursos naturales. Los primeros cuatro artículos –del 13 al 16- contienen derechos sustantivos de los pueblos indígenas sobre territorios, tierras y recursos naturales; los dos siguientes -17 y 18- modalidades de transmisión y el último planes y programas relacionados con territorios, tierras y recursos naturales. El artículo 13 consta de tres partes. La primera define contiene la obligación de los gobiernos de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. La segunda define al territorio y lo hace expresando que “la utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

De acuerdo con esta disposición el concepto de tierras indígenas es diferente al de tierras no indígenas; es sinónimo de territorio y este incluye la totalidad del hábitat que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera. Dicho de otra manera, el concepto de territorio incluye la tierra, las aguas, el medio ambiente, el espacio aéreo, los lugares de importancia cultural y lugares sagrados, cualquiera que sea su naturaleza, entre otros elementos, recogiendo lo expresado la doctrina jurídica internacional de los derechos indígenas, en el sentido de que “es difícil separar el concepto de la relación de esos pueblos con sus tierras, territorios y recursos del concepto de sus diferencias y valores culturales.” Esta disposición es importante porque aclara el sentido y alcance del contenido la norma constitucional que establece la protección de las tierras indígenas por la ley. No olvidemos que el termino ley usado en sentido amplio se refiere a normas jurídicas con carácter general, impersonal y abstracto, por lo cual las disposiciones del *Convenio 169* de la OIT pueden ser considerados como tales y su contenido el que reglamente la disposición constitucional a la que hacemos referencia.

Es importante no perder de vista los conceptos de “ocupan o utilizan de alguna manera” porque con ellos, la protección que las normas del Convenio 169 brindan a los territorios indígenas no se reduce a los casos en que los pueblos indígenas sean propietarios de ellos sino a todos los que ocupen o utilicen de alguna manera, lo que amplía la protección no solo a la ocupación permanente sino a la temporal u ocasional. En otras palabras, los conceptos de ocupación o utilización del Convenio 169 no se equiparan al de posesión a que se refiere el derecho civil que requiere más requisitos -ocupación pública, pacífica, permanente, de buena fe y a título de dueño- sino a otra diferente, más amplia y con otros objetivos. El Convenio 169 no exige que la ocupación sea pública, aunque se entiende que la mayoría de ellas lo sean, no tiene que ser permanente, se entiende que es de buena fe aunque puede no ser a título de dueño. En el derecho civil la ocupación tienen sentido como medio para prescribir y obtener la propiedad y en la del Convenio 169 proteger una relación especial para preservar las culturas y los valores espirituales de los pueblos indígenas.

El contenido del artículo 14 es más específico que el anterior. Si el primero se refiere al derecho de los pueblos indígenas a usar y ocupar sus territorios, este se refiere al derecho de propiedad y posesión. El artículo consta de tres partes. La primera expresa que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. Nótese que esta norma protege el derecho de propiedad o posesión, según el caso, pero no de la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna manera, sino sólo de las tierras que tradicionalmente ocupan. El derecho es más específico y por lo mismo estrecho.

Otra parte de la misma norma expresa que “además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”. El contenido de esta norma busca regular supuestos donde las tierras ya no son poseídas solo por los pueblos indígenas sino también por otros pueblos indígenas o incluso por grupos no indígenas y aquellos guardan una relación cultural o

espiritual con las tierras, caso en que deberá protegerse su derecho a ocupar esas tierras, poniendo especial caso en los pueblos nómadas o agricultores itinerantes, como sería el caso de los tarahumaras que habitan en el estado de Chihuahua.

Las segunda y tercera partes del artículo establecen obligaciones a cargo de los gobiernos para proteger los anteriores derechos. En la segunda se expresa que “los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”; mientras en la tercera determina que “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

La declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

*La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos*²⁸ contiene importantes disposiciones sobre el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios. Aprobada el día 13 de febrero del 2007 por la Asamblea General de de la Organización de Naciones Unidas, su contenido es obligatorio ya que se trata de normas del *jus cogens*, reglas generales de las Naciones Unidas, imperativas y de carácter “supra nacional”, entre las que se incluyen los acuerdos destinados a proteger los derecho humanos, como es el caso. Las disposiciones de la declaración que se refieren directamente al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios se encuentran en sus artículos del 25 al 28. El artículo 25 expresa de manera general el derecho de los pueblos indígenas “tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

El Artículo 26 ya es más específico al prescribir que los pueblos indígenas “tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra

²⁸ A/61/L.67

forma utilizado o adquirido”. El mismo artículo especifica que los pueblos indígenas “tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”. Por último, establece la obligación de los estados para asegurar “el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

El artículo 27 contiene otra obligación de los estados, para que establezcan y apliquen, conjuntamente con los pueblos indígenas, “un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

Por último, el artículo 28 determina que “los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”. Como excepción, el mismo artículo dispone que “salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

La jurisprudencia internacional

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver casos donde se involucran tierras o recursos naturales pertenecientes a pueblos indígenas ha emitido jurisprudencia que no solo obliga a las partes, sino también generan interpretaciones generales de los

derechos consagrados en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos jurídicos como el Convenio 169 de la OIT. El día 31 de agosto del 2001 al resolver la controversia ente la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni y el estado de Nicaragua, expresó, con respecto al derecho de propiedad de las tierras indígenas que “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. De igual manera, en su sentencia los jueces de la Corte Interamericana, sostuvieron que “el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de título real sobre la propiedad de la tierra, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.²⁹

En ese mismo sentido, al resolver el caso de la comunidad indígena *Sawhoyamaxa vs. el estado de Paraguay*, el 29 de marzo de 2006 la misma Corte interpretó que los pueblos y las comunidades indígenas siguen manteniendo su derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras, aún en el caso de que hayan sido desplazadas de ellas, cuando esto ha sucedido por causas ajenas a su voluntad y mantienen su derecho a recuperarlas, aún en el caso de que hayan pasado a “terceros inocentes”. Expresamente, determinó que “al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados [...] deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la

²⁹ *El caso Awas Tigni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2003, pp. 254 y 255.

supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida [...]. Al desconocer el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.³⁰

En el mismo caso *Sawhoyamaxa vs. el estado de Paraguay*, la Corte Interamericana fijó criterios para resolver el problema de la prescriptibilidad del título indígena sobre sus tierras tradicionales, remitiéndose para ello a su propia jurisprudencia sobre la relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios ancestrales. Según la Corte “para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario se extinguirá.³¹ Es de hacer notar que la Corte Interamericana interpretó esta relación de forma bastante amplia, de manera que incluye no sólo el uso permanente por motivos productivos, sino también sus usos periódicos, y también con finalidades culturales y espirituales. A partir de ahí concluyó que “dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentra, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca, o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característicos de sus culturas”.³²

El estándar mínimo de los derechos indígenas

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de la organización de Naciones Unidas en su informe denominado *El panorama social de América Latina, 2006*, resalta la importancia del derecho internacional de los pueblos indígenas en relación con las

³⁰ Caso comunidad indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C (No. 146) (2006), párrs. 138-139.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

legislaciones de los estados nacionales. En su capítulo III, titulado *Pueblos indígenas de américa latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo XXI*³³, entre otras aseveraciones, expresa que “hoy existe un estándar de derechos humanos de los pueblos indígenas que, partiendo del principio de libre determinación, reconoce un conjunto de derechos colectivos específicos. El mayor desafío actual para la comunidad internacional, los Estados y los pueblos es la implementación y el cumplimiento de esos estándares en las normas, jurisprudencia y políticas internas de los países”. En ese mismo sentido concluye que “el estándar mínimo de derechos específicos de los pueblos indígenas está sintetizado en el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado en 1989, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en su primer período de sesiones de junio de 2006”.

Las anteriores conclusiones son importantes por quien lo dice y lo que dice. En primer lugar se trata de un organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas, razón por la cual estamos ante una opinión autorizada sobre el tema. En segundo lugar expresa, fundándose en el *jus cogens* que los derechos mínimos que los estados nacionales deben reconocer y garantizar a los pueblos indígenas, son los regulados en el derecho internacional; en otras palabras, no reconocer esos derechos a los pueblos indígenas es violatorio del derecho internacional.

Conclusiones

Con base en todo lo que se ha argumentado en este documento bien se puede concluir que el reconocimiento que se hace en la Constitución Federal de que la nación tiene una composición pluricultural y que tal pluriculturalidad tiene su sustento en la presencia de los pueblos indígenas, el estado mexicano tiene la obligación de actuar en consecuencia, porque la Constitución Política no puede leerse como si fuera el periódico diario que informa sobre la realidad sino como el documento de mayor jerarquía jurídica que expresa

³³ www.politicaspUBLICAS.cl/2007_CEPAL_CAP3_IPS2006.pdf

como debe ser el comportamiento de su población y sus instituciones. En otras palabras la interpretación de la norma constitucional es que los órganos estatales, su legislación, sus políticas y hasta los actos de los funcionarios públicos deben realizarse tomando en cuenta esa pluriculturalidad.

Si a ello agregamos que la propia constitución reconoce a los pueblos indígenas hay que reconocer que estos tienen derechos y uno de ellos, inherente a su calidad de pueblos es el de tener un territorio. Por eso, como bien dice el tribunal federal, las referencias a la protección de las tierras indígenas, la conservación y mejoramiento de su hábitat, así como el acceso y disfrute preferente de los recursos naturales de lugares que habitan y ocupan, debe entenderse en su conjunto como derecho al territorio; mas cuando la legislación internacional, de aplicación obligatoria en nuestro país, claramente expresa que el concepto de tierra abarca el de territorio que este cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera.

Negar jurídicamente que los pueblos indígenas tienen derecho al territorio es tanto como si en derecho privado se pudiera aceptar que puede existir un sujeto de derecho sin patrimonio, situación que ninguna teoría se ha atrevido a postular hasta la fecha; o, desde la teoría de la física, aceptar que un cuerpo que existe es postular que ocupa un lugar en el espacio, pues no es concebible lo primero sin lo segundo. De ese tamaño es la implicación. Pero mas allá de eso, si la pluriculturalidad de la nación mexicana descansa en la existencia de sus pueblos indígenas, negar a estos uno de sus derechos fundamentales, vital para su existencia, es negar el postulado de la propia Carta Magna, al tiempo que se viola el derecho internacional.